

SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL

Santiago Mir Puig

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2003, núm. 05-05, p. 05:1-05:19. Disponible en internet:

<http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc05-05.pdf>

ISSN 1695-0194 [RECPC 05-05 (2003), 24 oct]

RESUMEN: Con ocasión del estudio del concepto e implicaciones de la imputación objetiva en la teoría jurídica del delito, el autor establece asimismo el alcance de los otros dos niveles de imputación (entendida como adscripción, no como descripción) penalmente relevantes: imputación subjetiva e

imputación personal. Dentro de la imputación objetiva propiamente dicha, distingue asimismo entre un primer nivel, determinado por el riesgo o por la evitabilidad, según los casos, y un segundo nivel, relativo a la distribución de la imputación entre los diversos intervinientes en el hecho delictivo, incluida la propia víctima.

PALABRAS CLAVES: Imputación objetiva, imputación subjetiva, imputación personal, riesgo permitido, evitabilidad.

Fecha de publicación: 24 octubre 2003

I

1. El término 'imputación' es uno de los más representativos del lenguaje en que se expresa la actual teoría jurídica del delito. Por ejemplo, en la doctrina penal alemana, autores de orientaciones tan diferentes como Roxin, Jakobs y Hruschka sitúan este concepto en el centro de sus obras.¹ Sin embargo, esto no ha sido siempre así. Tras haber

Nota previa: El presente artículo se publicó originariamente en el libro colectivo *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, UNED, 2001.

¹ Aparte de haber sido Roxin el principal promotor de la teoría de la imputación objetiva desde hace treinta años, tanto la acción, como la parte objetiva del tipo y su parte subjetiva, se conciben en su Tratado desde la óptica de la imputación: cfr. Derecho penal, Parte general, I, traducción y notas de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal, 1997, pp. 7 s., 265, 342 ss., 412 ss. Jakobs subtitula su Derecho penal, Parte General (traducción de Cuello Contreras y González de Murillo, 1995, "Fundamentos y teoría de la imputación". De Hruschka (que ya en 1976 publicó su libro *Strukturen der Zurechnung*) puede verse en español: Reglas de comportamiento y reglas de imputación, traducción de Baldó, en ADPCP 1994, pp. 344 ss. Entre los autores alemanes cabe destacar también por la importancia central que otorgan al concepto de imputación a Rudolph (ya desde la primera edición del *Systematischer Kommentar zum StGB*, antes del § 1; en español puede verse el trabajo de este autor *El fin del Derecho penal del estado y las formas de imputación jurídico-penal*, en el libro presentado, traducido y anotado por Silva Sánchez y coord. por Schünemann, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991), Wolter (su primera y fundamental obra fue *Objektive und personale*

ocupado un lugar central en la doctrina del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII ², y en los penalistas hegelianos del siglo XIX ³, dicho término (imputación) cayó en desuso ⁴ en Alemania en las dos últimas décadas del mismo siglo a consecuencia del naturalismo positivista, que se extendió en la doctrina alemana a través, sobre todo, de la influencia del Tratado de von Liszt ⁵. Este enfoque naturalista, que rehuía conceptos valorativos, prefirió destacar el concepto de *causalidad* como espina dorsal del delito, que se situó en el terreno de lo empírico, como causación de una modificación del mundo exterior causada, a su vez, por un impulso voluntario. La reorientación al *significado valorativo* de los conceptos jurídico-penales que el neokantismo impuso entre las dos guerras mundiales, no logró de momento desplazar a la causalidad de su posición de preeminencia en la teoría del delito, pero sentó las bases metodológicas que, mucho más tarde, desde los años sesenta, han permitido el resurgir de la idea de imputación en la literatura jurídico-penal. La doctrina final de la acción desarrollada por Welzel desde los años treinta, aunque se opuso radicalmente al causalismo, no lo combatió básicamente en el ámbito del tipo objetivo, sino desde la teoría de la acción. Ello contribuyó a mantener la discusión sobre las limitaciones de la causalidad en un terreno *ontológico* previo a la valoración jurídica.

Recordemos brevemente esta evolución. Ya a principios de siglo y hasta los años treinta el enfoque hacia el sentido valorativo de las categorías del delito condujo a numerosos penalistas (algunos tan importantes como Sauer [1912, 1921], Radbruch [1904] o Engisch [1930, 1931]) a advertir que los resultados imprevisibles debían ex-

Zurechnung von Verhalten, 1981; en español ver su trabajo Imputación objetiva y personal a título de injusto..., en el libro traducido por Silva acabado de citar), W. Frisch (especialmente en su obra Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1989; en español ver su libro Tipo penal e imputación objetiva, que, bajo la dirección de Bacigalupo, reúne varios trabajos traducidos por Cancio, De la Gándara, Jaén y Y. Reyes, 1995) y Achenbach, que ha destacado la conveniencia de sustituir el término 'culpabilidad' como categoría del delito por la expresión 'imputación individual' (lo sostuvo ya en su obra primera y básica, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974; en español ver su trabajo Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad, en el libro coordinado por Schünemann y traducido por Silva, pp. 134 ss.

Es notorio que el concepto de imputación también se ha ido extendiendo en la doctrina española y latino-americana. Aparte de la importancia especial que corresponde en este punto a Gimbernat Ordeig, cuya temprana aportación se contempla ampliamente *infra*, sólo mencionaré aquí los libros de Martínez Escamilla, La imputación objetiva del resultado, Madrid, 1992, y de Yesid Reyes, Imputación objetiva, Bogotá, 1994. Sobre la recepción de la teoría de la imputación objetiva por la jurisprudencia española a partir de la STS de 20 mayo 81 cfr., Luzón Peña, Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto, en Actualidad Jurídica 1981, pp. 78 ss., y en el mismo, Derecho penal de la Circulación, 2ª ed. 1990, pp. 31 ss. (en este libro Luzón incluye otros trabajos que reflejan su posición sobre la teoría de la imputación objetiva: así, ver pp. 81 ss. y 105 ss.). En contra de una teoría general de la imputación objetiva, por entender que cada conducta típica tiene sus exigencias particulares y es irreducible a un género común de "conducta típica", Vives Antón, Fundamentos del sistema penal, 1996, pp. 305 ss., 309.

² Sobre la importancia de Pufendorf en la elaboración del concepto iusnaturalista de imputación ver Welzel, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, reimprisión de 1985, p. 84, y Hruschka, Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf, en ZStW 96 (1984), pp. 661 ss. Hruschka, Reglas de comportamiento y reglas de imputación, trad. de Baldó Lavilla, en ADPCP 19994, pp. 344 ss., señala también la aportación de Daries a la distinción que se efectuaba en el siglo XVIII sobre *imputatio facti* e *imputatio iuris*.

³ Ver, por ej., el importante Tratado de Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1857.

⁴ Sólo se mantuvo el término "imputabilidad" (en alemán "*Zurechnungsfähigkeit*"), ya no para expresar un elemento necesario para el injusto, sino para el apartado posterior de la teoría del delito destinado a la "culpabilidad", y no con referencia al hecho, sino a la capacidad mental de su autor.

⁵ Su primera edición apareció en 1881 con el título Das deutsche Reichsstrafrecht.

cluirse del delito no porque no fueran *causados* por la conducta del autor, contra lo que sostenía la teoría de la causalidad adecuada, sino por la imposibilidad de *desvalorar jurídico-penalmente* tales procesos, por lo que lo que en ellos faltaba era su antijuridicidad o incluso su propia tipicidad.⁶ Ello fue la base teórica que llevó a Mezger a formular su "teoría de la relevancia" que vio en la adecuación una exigencia impuesta por el tipo.⁷ El concepto de "imputación objetiva" nace en este clima, en 1927, aunque por obra de un civilista hegeliano, Larenz,⁸ y ya en 1930 Honig lo propuso para el Derecho penal.⁹

También fue este ambiente cultural de superación del naturalismo y apelación al sentido valorativo el que rodeó el surgimiento del finalismo de Welzel. Es significativo el propio título del escrito de habilitación de Welzel: "Naturalismo y Filosofía de los valores en Derecho penal".¹⁰ Sin embargo, posteriormente fue acentuando Welzel el papel fundamental de lo que denominó "estructuras lógico-objetivas" históricamente invariables, naturaleza que atribuyó a los dos pilares básicos de su concepción del delito: la esencia final de la acción humana y la libertad de voluntad, como poder actuar de otro modo. Sobre la primera edificó el injusto; sobre la segunda, la culpabilidad. Esta fundamentación ontológica del injusto sobre el concepto final de acción trasladó el debate sobre los límites del pensamiento causalista a este terreno de la acción. Autores partidarios de superar el naturalismo desde una visión valorativa de la antijuridicidad, pero contrarios a aquel concepto final, como Eberhardt Schmidt (1939), Maihofer (1953, 1961) y el propio Engisch (1944), se enfrentaron al concepto final de acción mediante otro concepto de acción, el concepto social de acción.¹¹ A él trasladaron la necesidad de previsibilidad objetiva del resultado, entendiendo, por ejemplo, que conductas como la de enviar a alguien al bosque en un día de tormenta por si le cae un rayo no tienen el sentido social objetivo de una "acción de matar", aunque un rayo de hecho dé muerte a aquella persona. Ello retrasó, sin duda, el desarrollo de la teoría del tipo que iba a determinar la teoría de la imputación objetiva, que no se impuso en la doctrina penal alemana hasta los años setenta.

No obstante, ya en los primeros años sesenta el penalista español Gimbernat denunció como errónea la ubicación sistemática del problema de las causaciones imprevisibles en el ámbito de la acción. Tanto la teoría final de la acción como la teoría social de la acción "atribuyen —escribía Gimbernat— al concepto de la *acción* —sustituyendo así el dogma causal por el de la acción— la misión que antes se había encomendado al concepto de *causa*: la determinación de la acción típica. Sin embargo, las teorías de la acción cometen exactamente los mismos errores que las de la causalidad; lo que no debe sorprender: los dos grupos de teorías descansan sobre la misma idea inexacta: allí donde ya ha fracasado un concepto ontológico (el de la causalidad), no puede dar resultados positivos otro de la

⁶ Ver, ampliamente, Gimbernat Ordeig, Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad, 1966, reimpresión de 1990, pp. 60 ss.

⁷ Mezger, Tratado de derecho penal, trad. de la 2ª ed. Alemana y notas de Derecho español de Rodríguez Muñoz, I, 1935, pp. 221 ss.

⁸ Cfr. Larenz, Hegelszurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927, reimpresión de 1970, pp. 60 ss.

⁹ Cfr. Honig, Kausalität und objektive Zurechnung, en Festgabe für R. v. Frank, t. I, 1930, pp. 174 ss.

¹⁰ Welzel, Naturalismus und Werthphilosophie im Strafrecht, 1935.

¹¹ Ver Gimbernat Ordeig, Delitos cualificados cit., pp. 78 s.

misma naturaleza (el de la acción), ya que: centro de gravedad del tipo, que presupone una valoración, puede ser solamente un concepto normativo".¹² Unos años antes que Gimbernat, en 1957, Hardwig había visto en la "imputación objetiva" un concepto de esta naturaleza, que a su juicio permitía excluir el tipo de injusto cuando el resultado causado era imprevisible.¹³ Gimbernat prefirió hablar de "reprochabilidad objetiva",¹⁴ tal vez porque el concepto de imputación objetiva había sido inicialmente introducido por Larenz y, para el Derecho penal, por Honig y Helmuth Mayer no como un elemento del injusto, sino como exigencia del concepto previo de acción.¹⁵ En cualquier caso, la fundamentación dogmática que el autor español hizo de su concepto de "reprochabilidad objetiva" situó el problema en los términos más consolidados de la actual teoría de la imputación objetiva: 1) la exclusión de los resultados imprevisibles se debe a que los mismos no pueden ser objetivamente desvalorados como antijurídicos porque el Derecho no puede razonablemente esperar ni siquiera de una persona prudente (baremo de la antijuridicidad) que evite aquello con lo que no puede contar;¹⁶ 2) no sólo no son típicas las acciones que producen efectos imprevisibles, sino que tampoco lo son las que, aun siendo peligrosas, están cubiertas por el riesgo permitido; 3) por ello, la inobservancia de la diligencia debida es un elemento del injusto típico no sólo en los delitos imprudentes, sino también en los dolosos;¹⁷ 4) además de la infracción del deber de diligencia y de la causación del resultado típico, el tipo requiere que el resultado sea precisamente uno de los que la norma quiere impedir (el fin deprotección de la norma como criterio de imputación)¹⁸.

Tampoco fue un finalista, sino un autor de raíces neokantianas, Roxin, quien habría de desarrollar —sobre todo desde 1970, siguiendo expresamente el planteamiento propuesto en 1930 por Honig—¹⁹ y difundir más que nadie en la doctrina penal la teoría de la imputación objetiva. Según Schünemann, discípulo de Roxin, la orientación teleológica o funcional que este último autor inició y que ha caracterizado la doctrina penal desde hace treinta años, "se caracteriza por un total alejamiento del razonamiento lógico-objetivo del finalismo y debe contemplarse como un *desarrollo ulterior del neokantismo*. En efecto, el moderno pensamiento teleológico tiene en común con aquella corriente la deducción de los diferentes niveles sistemáticos de los valores y fines que desempeñan el papel rector".²⁰

¹² Cfr. Gimbernat Ordeig, Delitos cualificados cit., p. 111.

¹³ Así lo reconoce el propio Gimbernat, Delitos cualificados, cit., p. 86, donde cita en el sentido del texto a Hardwig, Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts, 1957, pp. 9, 90, 153, 175 ss.

¹⁴ Ver Gimbernat Ordeig, Delitos cualificados cit., pp. 107 s.

¹⁵ Así Gimbernat Ordeig, Delitos cualificados cit., pp. 77 s.

¹⁶ Cfr. Gimbernat Ordeig, Delitos cualificados cit., pp. 108 s. En el mismo sentido, utilizando ya la expresión 'imputación objetiva', Gimbernat Ordeig, ¿Qué es la imputación objetiva?, en Estudios penales y criminológicos, X, 1987, pp. 181 s.

¹⁷ Cfr. Gimbernat Ordeig, Delitos cualificados cit., pp. 155 ss.

¹⁸ Cfr. Gimbernat Ordeig, Delitos cualificados cit., pp. 140 ss.

¹⁹ Vid. *supra* nota 9. En 1970 apareció el trabajo de Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, aparecido, significativamente, en el Libro-Homenaje a R. Honig, Festschrift für R. Honig, 1970, pp. 132 ss.

²⁰ Cfr. Schünemann, Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal, en el mismo (comp.), El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, introducción, traducción y notas de Silva Sánchez, 1991, p. 67.

Sin embargo, el neokantismo no fue la única base teórica de la teoría de la imputación objetiva. Por de pronto, ya he recordado más arriba que la primera formulación histórica de la teoría de la imputación objetiva, con este nombre, tuvo lugar en 1927 para el Derecho civil y por un civilista de orientación *hegeliana*, Larenz, que expresamente elabora aquel concepto desde la concepción de Hegel de la imputación.²¹ Y otro hegeliano declarado, Hellmuth Mayer, partió del mismo fundamento filosófico para incluir ya en 1936 la imputación objetiva entre las bases del sistema de su Tratado.²² Finalmente, la fundamentación hegeliana ha vuelto a reaparecer con fuerza en las obras de Jakobs²³ y de su discípulo Lesch.²⁴ Por otra parte, el mismo Jakobs llama también la atención sobre la *teoría de la adecuación social* de Welzel como precedente de la teoría de la imputación objetiva.²⁵

En realidad hay algo de común en los orígenes teóricos del concepto de imputación objetiva: tanto el neokantismo, como el regreso a Hegel, y como la filosofía fenomenológica de Husserl, fueron manifestaciones que se producen en un mismo espacio, la Europa continental, y en una misma época, la primera mitad del siglo XX, que reacciona al naturalismo positivista y reclama un regreso a la filosofía. Por encima de sus diferencias, todas las direcciones indicadas coinciden en pretender *ir más allá* de la *descripción* científica de hechos físicos para acceder a la *comprensión del sentido* de tales hechos. El concepto de imputación objetiva se presentó, entonces, como instrumento adecuado para expresar el sentido no naturalístico de la acción, primero, y del hecho típico, después.

2. Ahora bien, el significado lingüístico de la palabra 'imputación' resulta más adecuado para expresar un juicio de *atribución* efectuado por el hombre (siquiera sea intersubjetivamente, esto es, socialmente) que para reflejar algo previamente dado. Aquel término encaja mejor en una gnoseología subjetivista como la kantiana²⁶ que en una filosofía que pretenda captar ideas o esencias objetivas. Y, por otra parte, aquel significado *adscriptivo* del término 'imputación' viene bien a la *filosofía analítica* que se ha ido extendiendo en la segunda mitad del siglo XX, porque subraya la distinción, fundamental en esta orientación filosófica, entre la "descripción" y la "prescripción", entre el ser y el deber ser. También porque la filosofía analítica renuncia a la búsqueda de esencias y se limita al análisis del lenguaje, entendiendo a éste como una convención contingente (no necesaria) que *atribuye* su sentido a las palabras y a los conceptos expresados por éstas

²¹ Ver *supra*, nota 8.

²² Ver Gimbernat Ordeig, Delitos cualificados cit., pp. 77 s.

²³ Ver especialmente Jakobs, El concepto jurídico-penal de acción, trad. de Cancio, en Jakobs, Estudios de Derecho penal, 1997, pp. 101 ss.

²⁴ Ver Lesch, Der Verbrechensbegriff, pp. 75 ss., 151 s., 172 s.

²⁵ Ver Jakobs, Estudios cit., pp. 113 s. Entre nosotros, ha desarrollado esta idea Cancio Meliá, Los orígenes de la teoría de la adecuación social, Teoría final de la acción e imputación objetiva, Bogotá, 1994, pp. 54, 65 s.

²⁶ De heho Kant concibió la imputación claramente en el sentido indicado de juicio que efectúa un sujeto que juzga: "*Imputación (imputatio)* en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción, que entonces se llama acto (*factum*) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (*imputatio iudiciaria*), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (*imputatio diiudicatoria*). La persona (física o moral) competente para imputar judicialmente se llama juez o también tribunal (*iudex s. forum*)". Cfr. Kant, La metafísica de las costumbres, (1979) traducción de Cortina y Conill, 1989, § 227, p. 35. Sobre concepto de imputación en Kant ver Modolell, Fundamentos de la imputación objetiva, tesis inédita, Universidad de Barcelona, 2000.

(que no preexisten objetivamente a ellas). Desde esta óptica, mediante las palabras *imputamos* sentido a las cosas. Esta imputación se efectúa en cada uno de los niveles en que se emplea el lenguaje, puesto que existen diversos usos sociales del lenguaje. El uso jurídico del lenguaje no coincide por completo con otros usos sociales no jurídicos, y aun dentro del lenguaje jurídico podemos distinguir distintos usos según la rama del Derecho de que se trate o, incluso, según la institución ante la que estemos. Así como los significados ordinarios del lenguaje son atribuidos por la sociedad en general o por determinados subsistemas sociales, el sentido de los términos jurídicos es atribuido por quienes integran el subsistema jurídico correspondiente (en Derecho penal, por los legisladores y por la doctrina jurídico-penal de los autores y de la jurisprudencia). De ahí que sea inútil el esfuerzo que durante largos años ha ocupado a quienes pretendían *encontrar* el verdadero concepto de acción, como único válido para la teoría jurídica del delito. No hay un concepto de acción (ni causal ni final ni social) que la doctrina jurídico-penal deba *respetar*, por la sencilla razón de que es la doctrina jurídico-penal la que (como sucede en cada nivel social de lenguaje) debe *atribuir* al término acción el sentido que le parezca preferible. Hará bien, entonces, en decidir la cuestión según las necesidades y objetivos del Derecho penal. Lo mismo ocurrirá respecto a cada una de las palabras que expresan las diferentes conductas típicas (como "matar", "apropiarse", "lesionar", "falsificar", etc.). Ni hay una esencia del "matar" cuyos límites deba *descubrir* la dogmática penal, ni tampoco es vinculante para ésta el sentido o sentidos sociales ordinarios de dicho término. La misión de la doctrina y de la jurisprudencia penales es *imputar* al verbo matar el sentido preferible para los fines del Derecho penal.

3. ¿Significa esto que en la elaboración de la teoría del delito no deban respetarse estructuras de la realidad empírica? ¿Significa que no deben tenerse en cuenta ni siquiera los sentidos sociales del lenguaje ordinario no jurídico o no jurídico-penal? No.

a) El Derecho no puede sino tener en cuenta las estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas. Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o de dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas. Pero adviértase que es la finalidad reguladora de conductas que asignamos al Derecho —una cuestión jurídica, no ontológica— la que condiciona su eficacia a la existencia de aquella capacidad humana de ser motivado por normas. En todo caso, la teoría de la imputación objetiva ha partido de hecho de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar decisiones. Así fue incluso en alguien como Gimbernat que partió de un enfrentamiento abierto al ontologismo de Welzel y que, sin embargo, escribió: "El Derecho se dirige a hombres y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada *la naturaleza* de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincu-

lar un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer *la naturaleza de las cosas* (más concretamente: *la naturaleza del hombre*).²⁷

De todos modos, tomadas al pie de la letra estas afirmaciones van probablemente demasiado lejos. Si es cierto que no tiene ningún sentido tratar de impedir que alguien deje de causar resultados absolutamente imprevisibles para él prohibiéndole causar tales resultados (salvo que se le prohibiera *toda* conducta), también es un hecho que los resultados que normalmente se califican de imprevisibles en realidad no lo son de forma absoluta. No es del todo imposible de prever que un empujón cause la muerte de alguien, puesto que la experiencia enseña que de vez en cuando algún empujón causa la muerte de alguna persona. En realidad, casi todo lo que consideramos producto casual de una conducta humana ha sucedido ya en casos anteriores de forma más o menos parecida, por lo que podríamos prever que volviera a ocurrir. Otra cosa es que partamos de que el Derecho penal *no debe* extender la grave calificación de injusto penal a conductas que incluso una persona prudente y respetuosa del Derecho no dejaría de realizar por una remota posibilidad de que resultasen lesivas. Pero ésta es una *elección* político-criminal, aunque ciertamente tenga en cuenta el dato de qué es lo que de hecho prevén o no prevén las personas prudentes y lo admita como baremo normativo. En esto último influye, sin duda, la consideración político-criminal de que el Derecho penal —por lo menos en un Estado democrático— ha de respetar las valoraciones sociales y no debe castigar conductas que socialmente se consideran lícitas o muy poco graves, o no debe asociar hechos levemente antijurídicos (como un empujón) a penas previstas para comportamientos mucho más graves (como el homicidio).²⁸ Desde luego, todo el ámbito del *riesgo permitido* queda excluido de la imputación típica por una ponderación político-criminal de la utilidad social del sector de actividad de que se trata frente a los riesgos que supone, que lleva a *decidir la permisión* de la actividad peligrosa, incluida la que *ex post* resulte lesiva por razón precisamente del riesgo permitido.

Todo ello se debe a elecciones de política jurídica y no viene *impuesto* —aunque sí condicionado— por los límites de la capacidad de previsión humana. Sólo así se explica que otros sectores del Derecho, como el civil o el administrativo, puedan prever responsabilidad económica para quien cause resultados lesivos por una *culpa levísima* que no sería suficiente para la responsabilidad penal, o incluso para quien cause algún daño sin culpa en el ejercicio de ciertas actividades peligrosas que se permiten a cambio de correr con el deber de reparar económicamente el daño que produzcan (responsabilidad por riesgo).

b) Aunque la comunidad jurídica tiene competencia para asignar a las palabras un significado especial, desde luego puede acoger el significado que tengan en su uso común. En Derecho penal ello resulta no sólo posible, sino obligado cuando no existe un uso jurídico específico impuesto por la ley, por la tradición o por un pacífico consenso de

²⁷ Cfr. Gimbernat Ordeig, Delitos cualificados cit., p. 109 (los subrayados son míos).

²⁸ Así fundamento el principio de proporcionalidad en Mir Puig, Derecho penal, 5ª ed., 1998, L 4/73-76, pp. 99 ss.

jurisprudencia y doctrina (opinión dominante)²⁹ y apartarse del sentido usual significaría una ampliación del ámbito de lo punible. Así se sigue de la prohibición, vinculada al principio de legalidad, de aplicación de la ley penal más allá del *sentido literal posible* de sus términos, aunque exista analogía (prohibición de *analogía in malam partem*). Por ejemplo, antes de la admisión expresa de la comisión por omisión por el art. 11 del Código penal, no era admisible extender en Derecho penal el alcance semántico del verbo "matar" incluyendo en él conductas que socialmente no caben en este término, como la de quien, sin tener nada que ver con la situación de peligro en que se encuentra otro (sin estar en posición de garante), no le socorre y no impide su muerte; sí podía, en cambio, considerarse que los padres que dejaban morir de hambre a su hijo recién nacido lo *mataban* y cometían un delito contra la vida (porque socialmente se dice que en este caso los padres *matan* a su hijo) aunque se admitiera que una omisión nunca puede *causar* en sentido estricto un resultado positivo como la muerte. La admisión legal expresa de la comisión por omisión de delitos resultativos no debería abandonar este principio de no superación del sentido literal posible del verbo típico en el lenguaje ordinario —aunque el art. 11 permita literalmente incluir en los tipos resultativos todas las omisiones que *equivalgan* a la causación positiva del resultado típico, en ciertas condiciones que no incluyen expresamente la de respetar el alcance máximo del lenguaje ordinario.

El principio de legalidad no impide, en cambio, modificar el sentido común de las palabras empleadas por la ley penal si con ello se *restringe* el alcance de lo punible y se atiende mejor a los fines del Derecho penal. Es lo que sucede cuando la doctrina actual considera que no deben imputarse como típicas las conductas que *ex ante* no aumenten de forma relevante el riesgo de producción del resultado típico, aunque *ex post* acaben causándolo. Así, el empujón que *a priori* no parece que vaya a causar la muerte de la persona empujada no se considera imputable como acción de "matar" a una persona, aunque de hecho cause la muerte de aquella persona. Aunque el verbo "matar" pueda utilizarse en el lenguaje común para casos como éste (puede decirse que quien empujó "mató" al empujado), es lícito entender de forma menos amplia dicho verbo en su uso por los tipos de delitos contra la vida, si se admite que la finalidad de las penas previstas para tales delitos no es castigar simples empujones. Estamos ante una *restricción teleológica* del sentido de un término legal, permitida en cuanto no perjudica, sino que favorece al reo.

En suma: la imputación objetiva supone la *atribución* de un sentido jurídico-penal específico a los términos legales que expresan la conducta típica, y no una mera descripción del *verdadero* sentido de dichos términos. En términos de filosofía analítica, la palabra 'imputación' pertenece al lenguaje prescriptivo, no al descriptivo. En este sentido, resulta rechazable concebir la imputación como una forma de *averiguar* cuándo un resultado lesivo *es verdaderamente* obra del autor de una determinada conducta.

²⁹ Sobre las funciones fácticas y normativas de la opinión dominante ver Puigpelat Martí, Funciones y justificación de la opinión dominante en el discurso jurídico, 1994.

II

1. En alguna medida, toda interpretación de la ley supone, pues, algún grado de imputación, como atribución de significado.³⁰ Y la afirmación de cada una de las categorías dogmáticas del delito también encierra su imputación. Pero este sentido amplio del concepto de imputación, que alcanza a toda la labor de la doctrina jurídica en cuanto no es meramente descriptiva, debe diferenciarse del sentido más concreto que tiene el término 'imputación' cuando se emplea para expresar un elemento particular de la teoría del delito como la imputación objetiva. Ésta suele referirse al tipo objetivo del delito. Pero no está claro el alcance que deba tener ni siquiera en este ámbito. Literalmente podría hacerse coincidir con toda la afirmación del tipo objetivo y entonces incluiría la comprobación de todos los elementos del mismo, incluso de los específicos de cada tipo de delito, como el carácter de "documento público" requerido en el delito de falsedad documental del art. 392 CP, o la ajenidad de la cosa en los delitos patrimoniales. ¿Debe llegarse a esta equiparación de imputación objetiva e imputación de todos los elementos objetivos del tipo?

La expresión 'imputación objetiva' se distingue de la expresión 'imputación subjetiva' en referirse a algo objetivo y no subjetivo, pero no aclara suficientemente el alcance de lo objetivo a que se refiere. Siendo un concepto creado por juristas, su preciso significado depende del sentido que le demos los juristas. Su primer creador, Larenz, lo ideó para excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar.³¹ Una primera posibilidad es, pues, limitar el sentido de la imputación objetiva a la restricción del amplísimo alcance de la teoría de la equivalencia de las condiciones. En este sentido la imputación objetiva vendría a ocupar el espacio que, incorrectamente, ocupaba la teoría de la adecuación y se limitaría a ofrecer un correctivo de la causalidad. Pero ya los primeros penalistas que desarrollaron el concepto para el Derecho penal no sólo exigieron para la imputación objetiva la creación de un determinado *grado* de riesgo, sino también que dicho riesgo no fuera *permitido*. Ello ha llevado a negar la imputación objetiva en casos en que el resultado producido no era imprevisible, pero ha sido el producto de una actividad lícita, por pertenecer a un sector social peligroso pero útil. Con ello se da un paso importante en la ampliación del alcance de la teoría de la imputación objetiva: ésta se desvincula de la sola previsibilidad, para remitir a la idea, que sirve también de fundamento a las causas de justificación, de la ponderación de intereses en conflicto (riesgo y utilidad social). Ésta plantea una cuestión *cualitativamente* distinta a la de si el resultado puede imputarse al autor de la conducta que lo causa como obra suya.³² Por esta vía se abre el camino a la tendencia actual a equiparar la imputación objetiva a toda la imputación de la parte objetiva del tipo.³³

³⁰ Cfr. Vives Antón, Fundamentos cit., pp. 307 s.

³¹ Cfr. Larenz, Hegelszurechnungslehre cit., p. 61.

³² Lo subraya Paredes Castañón, El riesgo permitido en Derecho penal, 1995, pp. 49 ss.

³³ Resume bien el estado de esta cuestión Cancio Meliá, Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal, 1998, pp. 62 ss., aludiendo en especial a las posiciones de Frisch y de Jakobs. Cfr. Frisch, Tipo penal e imputación objetiva cit. *supra* en nota 1., y Jakobs, La imputación objetiva en Derecho penal, traducción de Cancio, Bogotá, 1994. Entre nosotros, defiende una concepción restrictiva de la teoría de la imputación objetiva

Sin embargo, ello no contribuye a una clara diferenciación de exigencias típicas que responden a principios distintos, como la relación de riesgo entre conducta y resultado y los demás elementos específicos de cada tipo penal, como el carácter de funcionario en los delitos de funcionarios, el concepto de morada en el delito de allanamiento de morada y otros como los mencionados más arriba. La expresión 'imputación objetiva' pierde utilidad si equivale a otra ya existente: la realización del tipo objetivo —si bien subraya el carácter adscriptivo y no descriptivo del juicio por el que se afirma dicha realización—. Pero, ¿hay algún criterio que permita fundamentar de forma convincente una concepción de la imputación objetiva que haga compatible su significado específico inicial vinculado a la exigencia de previsibilidad con su necesario carácter normativo?

Creo que sí. La vía la ofrece la comparación de los demás significados que corresponden a los demás contextos en que se usa el término imputación (y el derivado suyo 'imputabilidad') en la teoría del delito. Como he empezado por señalar al principio de este trabajo, asistimos a un renacimiento del término 'imputación', que se ha ido extendiendo a lo largo y ancho de toda la teoría del delito. Aunque tal renacimiento empezó con la teoría de la imputación objetiva, ha seguido con la creciente utilización de las expresiones 'imputación subjetiva' e 'imputación individual' o 'imputación personal'. Se habla de imputación subjetiva para indicar la afirmación del tipo subjetivo (que incluye el dolo en los delitos dolosos), y se emplea la expresión 'imputación individual' en referencia al apartado dogmático tradicionalmente designado con el término 'culpabilidad'. Yo prefiero para esto último la expresión 'imputación personal'³⁴. Pues bien: lo que tienen de común todos estos usos de la palabra 'imputación' es que expresan requisitos necesarios para poder *atribuir* a un sujeto la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico prevista en un tipo penal, y tales requisitos son necesarios para establecer la *relación* que ha de existir entre dicha lesión o puesta en peligro y, en definitiva, *con el autor* de un delito. Éste es el significado originario del término 'imputación'. Recuérdese el famoso fragmento de Kant, según el cual "imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción"³⁵. Tanto la imputación subjetiva como la imputación individual o personal son necesarias para poder considerar a alguien como autor culpable de una lesión o puesta en peligro típica. La exigencia básica de voluntariedad en todo comportamiento humano como elemento mínimo de todo tipo, constituye el mínimo necesario para la imputación subjetiva del tipo imprudente (conexión subjetiva mínima entre la conducta y su autor). En los delitos dolosos la imputación subjetiva requiere el dolo para poder imputar el tipo objetivo, previamente comprobado, al contenido de la voluntad del sujeto, (conexión de voluntad plena entre el tipo objetivo y su autor), y la imputabilidad y demás elementos de la imputación individual o personal son necesarios para poder imputar el hecho antijurídico a su autor como persona imputable que actuó en circunstancias de normalidad motivacional (conexión entre el hecho antijurídico y un autor culpable). Pero todo ello presupone que pueda

Luzón Peña, Derecho penal cit., p. 387 (aunque admite que "también en los delitos de actividad hay que exigir la adecuación o idoneidad de la conducta como requisito típico").

³⁴ Así desde la 4ª ed., de 1996, de mi Derecho penal, Parte general, ahora en su 5ª ed., 1998, L 5/12, pp. 111 s.

³⁵ Vid. *supra*, nota 26.

establecerse previamente una determinada conexión entre la lesión o puesta en peligro típica y la conducta del sujeto. Esta conexión es la que exige la imputación objetiva al requerir una determinada relación de riesgo.

La imputación objetiva, la imputación subjetiva y la imputación individual o personal son tres niveles necesarios para que sea posible la completa imputación a un autor culpable. Imputar el delito en su totalidad significa "culpar" a alguien como a su autor (si imputar es atribuir algo a alguien, cuando lo que se imputa es algo ética o jurídicamente disvalioso imputar es culpar de ello). Los tres niveles indicados de imputación (objetiva, subjetiva y personal) constituyen exigencias del *principio de culpabilidad*,³⁶ entendido en el sentido amplio que permite y aconseja este término para servir de fundamento a todas las exigencias que entraña la prohibición de castigar a un inocente (no culpable) en un Estado social y democrático de Derecho respetuoso de la dignidad humana: el principio de personalidad de las penas, que impide hacer responsable al sujeto por delitos ajenos (y que se corresponde con la exigencia procesal de necesidad de rebatir la presunción de inocencia mediante la prueba de que el sujeto ha realizado materialmente el hecho), el principio de responsabilidad por el hecho, que proscribela "culpabilidad por el carácter" y el llamado "Derecho penal de autor", el principio de dolo o culpa y el principio de imputación personal.³⁷ La imputación objetiva añade otro aspecto más del principio de culpabilidad al exigir para todo delito, también para los dolosos, la clase de relación de riesgo entre el resultado típico y la conducta del sujeto que requiere la imprudencia en los delitos culposos, y ofrece criterios que ayudan a delimitar mejor esta relación de riesgo. Ello tiene que ver con la culpabilidad en el sentido de que condiciona la posibilidad de "culpar" a una persona prudente de la causación del resultado típico. El baremo de este momento de culpabilidad es "intersubjetivo". Toda culpabilidad tiene algo de subjetivo, de conexión con un sujeto, pero en este primer nivel el sujeto es imaginado normativamente e intersubjetivamente, como un modelo ideal de persona prudente. Requerir también en los delitos dolosos este momento de culpabilidad intersubjetiva y considerar, por tanto, que no basta la intención subjetiva si no va dirigida a un hecho imputable intersubjetivamente, puede verse como una exigencia consecuente con la proscripción del "Derecho penal de autor" y con el principio de impunidad de los pensamientos (*cogitationis poena nemo patitur*), puesto que supone no considerar suficiente para imputar un resultado típico la voluntad lesiva del sujeto si no se manifiesta en una conducta externa peligrosa.

2. Ahora bien, que los tres niveles mencionados de imputación deban verse como aspectos de la exigencia de culpabilidad, no significa que deban considerarse necesariamente ajenos al injusto penal. De hecho, tanto la imputación objetiva como la subjetiva se consideran hoy generalmente como elementos necesarios para la afirmación del tipo de injusto. Sólo la imputación individual o personal presupone ya la existencia de un injusto penal. *La imputación objetiva y la subjetiva han de verse, pues, tanto como elementos del injusto como de la culpabilidad* (no entendida como categoría posterior a

³⁶ Cfr. Mir Puig, Derecho penal cit., 5ª ed., L 5/6, p. 110. Considera también que la imputación objetiva es una exigencia del principio de culpabilidad Roxin, Derecho penal, PG cit., § 7/56, p. 219.

la de antijuridicidad, sino como principio general que condiciona la atribución de cada uno de los niveles valorativos de la teoría del delito y posibilita el paso al siguiente, hasta llegar al delito completo). Si la imputación objetiva y la imputación subjetiva son necesarias, por una parte, para poder vincular al autor con el resultado típico (aspecto de culpabilidad), también son necesarias para constituir el tipo del delito (aspecto de injusto). En cuanto a la imputación objetiva, ello es así porque cuando no es posible falta aquella "reprochabilidad objetiva" a que aludía Gimbernat en el fragmento más arriba citado, por ausencia del desvalor objetivo de la conducta requerido por el tipo (cuando la conducta no parecía *ex ante* capaz de producir el resultado típico), o por falta del desvalor de resultado típico (cuando el peligro inherente a la conducta no se realiza en el resultado). Sin aquel desvalor de la conducta no hay razón para desear evitarla desde el punto de vista de la protección de bienes jurídico-penales.³⁸ Si falta la indicada relación entre el resultado y la conducta, aquél no es uno de los que se quieren evitar como consecuencia de la conducta indeseable. En cuanto a la imputación subjetiva, si no es posible imputar el tipo objetivo a dolo ni a un tipo imprudente, no se completa el tipo doloso o imprudente correspondiente.³⁹

Hay que abandonar, pues, la concepción de injusto y culpabilidad como dos aspectos del delito completamente separados y a examinar sólo sucesivamente. Por ello es preferible no reservar el término 'culpabilidad' para la imputación individual o personal, que en realidad es sólo el tercer elemento de imputación y, por tanto, de culpabilidad necesario para culminar el proceso que se inicia con la comprobación de un resultado típico imputable a una conducta típica, imputable a su vez a dolo o culpa típicos.⁴⁰

Esto no significa que el concepto de imputación deba acabar absorbiendo todos los elementos del delito. Aunque todos los elementos del delito son necesarios para poderlo imputar, antes de plantear la cuestión de si se puede imputar a un sujeto un hecho negativo, hay que decidir si existe algo negativo a imputar en dicho hecho. Previo al principio de culpabilidad, que exige la posibilidad de imputación, es el *principio de lesividad*, que exige la afectación a un bien jurídico. La razón primera por la cual se tipifica un hecho como delictivo es que supone una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico no

³⁷ Cfr. Mir Puig, Derecho penal, cit., L 4/63, pp. 95 s.

³⁸ Así ya en Mir Puig, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 1ª ed. 1979, pp. 60 ss., aunque desde una identificación de antijuridicidad y antinormatividad que ahora no mantengo. Destaca también que la exigencia de una determinada peligrosidad en la conducta no es sólo condición de imputación del resultado, como suele entenderse, sino elemento necesario para que la conducta pueda considerarse prohibida, extrayendo la conclusión de que la teoría de la imputación objetiva ha de verse en realidad como una teoría de la conducta típica, entendida como conducta prohibida, W. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten cit., pp. 67, 509 ss., y el mismo, Tipo penal e imputación objetiva cit., pp. 95 ss. Personalmente distingo entre imputación de la conducta e imputación del resultado, subrayando su distinto significado dogmático: Mir Puig, Derecho penal, PG cit., L 10/47 ss., pp. 231 ss.

³⁹ Sin una mínima voluntariedad no es posible un comportamiento humano típico. Y si la gravedad del injusto se define en función de la gravedad del ataque a un bien jurídico, el dolo añade gravedad al injusto porque aumenta la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico y confiere al hecho un significado de abierta oposición al bien jurídico que no tiene la conducta imprudente: cfr. Mir Puig, Lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, en el mismo, El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, 1994, p. 185; el mismo, Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal, en ADPCP 1994, pp. 13 ss.; el mismo, Derecho penal, PG cit., L 6/54-57, pp. 141 ss.

⁴⁰ Cfr. Mir Puig, Derecho penal, PG cit., L5/12, p. 111.

justificada por la necesidad de salvar otro bien jurídico preferente. Este contenido es la base primera del desvalor objetivo del injusto. El tipo parte de la exigencia de un resultado (separado o no de la conducta) que lesiona o pone en peligro un bien jurídico. Las causas de justificación parten de la concurrencia de situaciones que hacen desaparecer el significado negativo del hecho típico porque lo hacen necesario para la salvaguarda de otros bienes jurídicos y principios superiores. Ni el resultado típico ni los presupuestos de las causas de justificación adquieren su sentido valorativo originario de la posibilidad de imputación (intersubjetiva, subjetiva o personal). Más bien, al contrario, la imputación adquiere su carácter negativo del objeto último a que se refieren todos sus niveles: la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico no justificada.

3. La imputación objetiva y la imputación subjetiva no han de limitarse al ámbito del tipo, sino que también deben extenderse al nivel de la comprobación de ausencia de causas de justificación. Si la lesión típica ha de poder imputarse objetivamente a una conducta peligrosa y subjetivamente a dolo o culpa del autor, también la ausencia de los presupuestos típicos objetivos de una causa de justificación ha de poderse imputar también a dolo o culpa del autor. La ausencia o concurrencia de una causa de justificación supone una situación fáctica integrada por elementos distintos a los que dan lugar a la situación típica. La afirmación de la antijuridicidad o la justificación no es sólo un juicio de valor referido al hecho típico y carente de presupuestos fácticos distintos a los del tipo, sino que depende también de otros elementos situacionales integrados por la ausencia o concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación. Así, la ausencia o concurrencia de legítima defensa depende de que no se dé o se dé una situación fáctica en la que no exista o exista una agresión ilegítima, además de otros elementos. Para que el tipo se convierta en injusto completo es necesaria una situación fáctica en que no concurran los presupuestos típicos de una causa de justificación. Pues bien, cuando el sujeto cree que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación, la situación de ausencia de estos presupuestos sólo puede ser imputada objetivamente cuando hubiera sido advertida *ex ante* por una persona prudente (sólo así se completará la parte objetiva del supuesto de hecho antijurídico, esto es, no justificado). De lo contrario decaerá la antijuridicidad del hecho. Por otra parte, cuando la ausencia de una situación justificante sea objetivamente imputable (cognoscible *ex ante*) sólo dará lugar a un hecho antijurídico doloso si el sujeto advierte correctamente la situación, es decir, si ésta es imputable subjetivamente. Si, por el contrario, el autor supone erróneamente la concurrencia de los presupuestos típicos de alguna causa de justificación, sólo será imputable un injusto imprudente.

También aquí la imputación objetiva y la subjetiva tienen el doble carácter de elementos de injusto y de culpabilidad. Por una parte, si la situación de ausencia de causas de justificación no puede imputarse objetivamente, no queda completada la parte objetiva del supuesto de hecho típicamente antijurídico, y si, pese a poderse imputar objetivamente, no puede imputarse subjetivamente como doloso, no podrá completarse la parte subjetiva de un injusto doloso. Está en juego la antijuridicidad o su gravedad. Por otra parte, si la ausencia de justificación no puede imputarse objetivamente, no podría "culparse" de ella a una persona prudente, y si lo que falta es la imputación subjetiva del

dolo, no puede "culparse" de la situación antijurídica a título de dolo. Éstas son exigencias del principio de culpabilidad.

4. A diferencia de los niveles de imputación objetiva y subjetiva del tipo y de la situación de ausencia de justificación, la imputación personal (o individual) no condiciona el contenido de injusto del hecho, sino sólo la posibilidad de culpar del mismo (ya completo) a su autor. El injusto supone una lesión o puesta en peligro típica no justificada por la necesidad de salvaguarda de otros bienes y principios jurídicos superiores, imputable objetiva y subjetivamente a un destinatario estándar. Sin esto último el hecho no sería prohibible en general. La imputación personal no añade ningún elemento que modifique la oposición del hecho al bien jurídico y presupone que este hecho es generalmente prohibible. Sólo le queda por comprobar si tal injusto intersubjetivo es imputable en cuanto tal a su autor concreto como sujeto capaz de acceder a la norma y de ser motivado por ella en condiciones de normalidad.

III

Pero veamos ya la consecuencia a que conduce el entendimiento de la imputación objetiva, en el ámbito del tipo, como primer escalón de la imputación que permite la conexión del resultado típico a una conducta que se encuentre con él en una determinada relación que permita vincularlo a aquella conducta como obra de su autor: *no deberían considerarse requisitos de la imputación objetiva los elementos típicos que no guarden relación con la posibilidad de establecer la mencionada conexión.*

Desde luego ello impide extender la imputación objetiva a la comprobación de elementos específicos de cada tipo penal como los que he puesto como ejemplos más arriba ("documento público", "funcionario", "cosa ajena", "perjuicio", etc.). Estos elementos delimitan el alcance de la lesión o puesta en peligro tipificada, que como hemos visto constituye el objeto primero a imputar y debe distinguirse de las condiciones que permiten conectar (imputar) este objeto a un sujeto. La imputación objetiva no ha de equivaler a comprobación de todo el tipo objetivo, sino sólo a afirmación de las condiciones que permiten atribuir a un sujeto la lesión o puesta en peligro descrita en el tipo mediante la exigencia de determinados elementos específicos.

Sin embargo, lo dicho no obliga tampoco a limitar el alcance de la imputación objetiva a la exigencia de una mínima relación de riesgo entre conducta y resultado en los delitos de resultado separado. Debe admitirse que es sistemáticamente conveniente unir a dicha exigencia la de que el riesgo no sea permitido. Por otra parte, no hay razón para no extender la imputación objetiva a los delitos de mera actividad.

a) Es cierto que la exigencia de una mínima relación de riesgo tiene naturaleza distinta a la exigencia de que el riesgo no sea permitido.⁴¹ Sin un mínimo de riesgo no cabe

⁴¹ Así Paredes Castañón, El riesgo cit., pp. 49 ss. Mientras que la creación de algún riesgo mínimo le parece necesario para formular el juicio de imputación, entendido como juicio de atribución, el carácter no permitido de ese riesgo sólo condiciona un juicio valorativo, no atributivo. De ahí que Paredes sea contrario a considerar el carácter no permitido del riesgo como elemento de la imputación objetiva. En este sentido también Luzón Peña, derecho penal cit., p. 382. Sin embargo, ver lo que digo en el texto más adelante sobre la dificultad de decidir la

contar con la posibilidad de que se produzca el resultado típico, mientras que en los casos de riesgo permitido partimos precisamente de la previsión de aquella posibilidad. En el primer caso no tiene sentido entender que la conducta no peligrosa era una de las que quería evitar la ley con la tipificación penal de la producción del resultado, puesto que dicha tipificación *no puede* esperar del ciudadano que, para evitar producir el resultado típico, deje de realizar conductas que no parecen en absoluto capaces de producirlo. En el segundo caso, en cambio, sería perfectamente posible identificar la conducta como peligrosa para el bien jurídico, y si hay que considerarla atípica es porque el Derecho *desea* permitirla por la valoración positiva del sector de actividad peligroso a que pertenece. En el primer caso la conducta que resulta lesiva no podía identificarse *ex ante* como disvaliosa, en el segundo caso se podía pero no se desea desvalorar.

Pero esta distinción sólo puede hacerse con nitidez entre las conductas que no entrañan *ningún* riesgo y las que sí implican alguno pero no deseamos evitar, y es un hecho que todo contacto social encierra algún riesgo, por remoto que sea. No sólo, pues, los sectores de actividad peligrosa permitida, sino también el llamado *riesgo general de la vida* supone una clase de riesgo no absolutamente imprevisible y cuya licitud deriva de una valoración normativa. Por otra parte, es difícil de determinar dónde acaba la posibilidad de prever y dónde empieza la valoración positiva del riesgo. Ni es fácil imaginar contactos sociales carentes de todo riesgo, ni la admisión de actividades peligrosas permitidas es ajena en muchos casos a la consideración de que su peligrosidad tampoco es muy elevada si se respetan ciertas normas de cuidado. Hay en (casi) todos los casos de riesgo insuficiente una combinación de los dos aspectos señalados de escasez de riesgo y valoración positiva del mismo. Por último, por lo que se refiere a la posibilidad o imposibilidad de distinguir *ex ante* la peligrosidad de la conducta, aunque los sectores especiales de riesgo permitido pueden identificarse como peligrosos en su conjunto, es imposible detectar a tiempo qué conductas *concretas* dentro del conjunto serán las que acabarán produciendo lesiones típicas. La previsibilidad general de éstas no implica su previsibilidad en el caso concreto (entendida como la existencia en el caso concreto de razones para pensar que *esta* concreta acción pueda producir la lesión).

Todas estas razones hacen explicable y razonable que se excluya la imputación objetiva por falta de creación de un determinado riesgo tanto en los casos en que no hay riesgo relevante como en los de riesgo permitido.

Sin embargo, la diferencia señalada entre ambos grupos de supuestos puede explicar que se conceda mayor ámbito a la exclusión de la imputación objetiva en Derecho penal que a la que procede en materia de responsabilidad civil en Derecho privado o en Derecho administrativo. Mientras que la exigencia de un mínimo riesgo ha de operar en todos estos campos —de hecho la teoría de la imputación objetiva se ideó por Larenz para el Derecho civil para excluir la responsabilidad por daños imprevisibles— incluso en las esferas de responsabilidad objetiva, en éstas no podrán excluirse todos los casos de riesgo permitido. Así sucede en los sectores de responsabilidad por riesgo.

existencia de un mínimo riesgo sin atender a valoraciones sociales. En contra de la posibilidad de distinguir nítidamente entre juicios de atribución y juicios de valoración en la determinación de la acción típica Vives Antón, Fundamentos cit., pp. 307 s.

Por otra parte, que el riesgo permitido se ubique en el seno de la imputación objetiva no significa que ésta deba absorber en su seno a todo el ámbito de la *adecuación social*. Ésta incluye no sólo los casos en que la sociedad admite determinadas clases de actividad peligrosas que pueden ocasionar lesiones no deseables, sino también otros en que la admisión de la conducta tiene lugar por la escasa gravedad de sus efectos o por el contexto en que estos se producen. Así sucede en algunos de los ejemplos que propuso Welzel como casos de adecuación social, como las limitaciones de la libertad de movimientos en el transporte de pasajeros,⁴² y sucede en actividades deportivas que implican contactos físicos o incluso golpes intencionales que literalmente caben en la falta de malos tratos y hasta, a veces, en el delito de lesiones. Lo mismo vale para los supuestos de escasa gravedad no completamente adecuados pero insignificantes (*principio de insignificancia*).⁴³ La exclusión de la tipicidad penal no procede en estos casos de que no pueda establecerse la conexión necesaria entre una lesión penalmente relevante y la conducta de su autor, sino de la irrelevancia penal de la lesividad del hecho, por ser socialmente admitida o insignificante, atendido el contexto en que se produce.

b) No hay motivo para no extender la exigencia de imputación objetiva a los delitos de mera actividad. También en éstos el tipo exige un resultado lesivo o de puesta en peligro, aunque dicho resultado se agote en una conducta que no requiere ningún otro resultado separado de ella: la conducta típica es aquí lo que tiene que *resultar* para que se realice el tipo. En cuanto resultado típico, la conducta ha de constatarse aquí *ex post*, como el resultado separado en los delitos de resultado, para que concurra el desvalor de resultado. Pero, del mismo modo que en estos otros tipos, también en los de mera actividad es necesario el desvalor de la conducta, constituido por la idoneidad *ex ante* de la conducta para realizar el tipo.⁴⁴ Ello no sucederá, por ejemplo, cuando en el momento de ser llevada a cabo la conducta no fuera previsible que realizaría el tipo. Así, cuando alguien entra en la vivienda de otra persona sin que al hacerlo pudiera saber que el morador se oponía a la entrada.⁴⁵

Por otra parte, aún será mayor la trascendencia de la imputación objetiva en los delitos de mera actividad si se incluyen en ésta criterios no estrictamente vinculados a la idea de riesgo, sino al de la delimitación de esferas de responsabilidad. Abordaremos brevemente esta cuestión en el apartado siguiente, pero ya ahora cabe decir que, por ejemplo, criterios como el de imputación a la víctima podrán excluir la imputación típica en delitos de mera actividad. Piénsese, v. gr., en el caso del que encuentra inconsciente pero con vida a un suicida que acaba de ingerir una cantidad letal de tranquilizantes y ha dejado una nota en la que manifiesta su irrevocable decisión y su voluntad de que nadie trate de salvarle; si esta última persona accede a la voluntad del suicida y le deja morir, cuando

⁴² Cfr. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed. 1969, pp. 55 ss. En sus primeros escritos sobre el tema Welzel incluía más ejemplos de hechos dolosos adecuados socialmente: sobre el significado de esta evolución en el pensamiento de Welzel ver Cancio Meliá, *Los orígenes cit.*, pp. 20, 38.

⁴³ Cfr. Mir Puig, *Derecho penal*, PG cit., L 19/49, pp. 532 s.

⁴⁴ Cfr. Mir Puig, *ADPCP* 1994, pp. 10 ss.; el mismo, *Derecho penal*, PG cit., L 6/46-52, pp. 139 ss.,

⁴⁵ Cfr. Mir Puig, *Derecho penal*, PG cit., L 10/61 s., p. 237. De acuerdo: Torío López, *ADPCP* 1986, p. 43, y *Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma*, en Fernández Albor (ed.), *Estudios penales y criminológicos*, X, 1987, p. 384; Luzón Peña, *Curso de Derecho penal*, Parte general, 1996, p. 387.

todavía podría haberle salvado, puede excluirse el tipo del delito de omisión de socorro por no ser imputable a él, sino al suicida (la persona autopuesta en peligro). Pero, como decíamos, la inclusión de problemas como éste en el ámbito de la imputación objetiva depende de sí se extiende esta institución más allá de la exigencia de una determinada relación de riesgo.

IV

El entendimiento del concepto de imputación objetiva en el sentido estricto que vincula al principio de culpabilidad los tres niveles de imputación (objetiva, subjetiva y personal), exige una determinada relación de riesgo entre el resultado típico y la conducta, sin la cual no cabe "culpar" ni siquiera a una persona prudente de la producción del resultado. A esta "reprochabilidad objetiva" se refería Gimbernat al fundamentar la teoría, y tal exigencia constituye el núcleo histórico de la imputación objetiva, como continuación de la teoría de la adecuación. Éste ha de seguir siendo el contenido de la *imputación objetiva en sentido estricto, o de primer nivel*, en los delitos de acción, tanto si son de resultado separado como si son de mera actividad. Pero, por una parte, en los delitos de comisión por omisión la imputación del resultado típico requiere algo distinto a la relación de riesgo: la posición de garante. Esta exigencia ha de integrar también la imputación objetiva en sentido estricto, o de primer nivel, en los delitos de comisión por omisión. Es evidente que en estos delitos la pura relación de riesgo hipotético (de haberse actuado se habría evitado el resultado y ello era previsible) no basta para imputar el resultado al omitente, como se deduce del hecho de que no se imputa el resultado a quien no está en posición de garante aunque también hubiera podido evitarlo. Y, por otra parte, la evolución de la teoría ha ido incluyendo en el ámbito de la imputación objetiva otros criterios distintos al de riesgo, como el de la intervención de la víctima o de terceros, la competencia que corresponde a un rol social, la delimitación de autoría, participación punible y participación impune, etc. Estos criterios no tienen cabida en el concepto de imputación en sentido estricto, pero en la medida en que tratan también de determinar cuándo se puede y cuándo no se puede imputar el hecho a un sujeto, cabe incluirlos en un *sentido amplio, o de segundo nivel, de la imputación objetiva*.

La idea que subyace a todos los criterios situables en este segundo nivel es la de distribución de la imputación entre sujetos mediante la *delimitación de sus esferas de responsabilidad*. La cuestión ya no es aquí si el sujeto creó con su conducta un riesgo realizado en el resultado, sino cuál o cuáles de entre los distintos sujetos que se hallan en dicha relación de riesgo ha de ser considerado responsable y/o en qué medida. Ello se plantea en la teoría de las formas de intervención en el delito y en el ámbito de intervención relevante de la víctima —que pueden seguir siendo los lugares sistemáticos en que se estudie.

Así, no es *autor* del delito todo aquel que interviene en un delito creando junto a otros el riesgo realizado en el resultado. Aunque también crean este riesgo el inductor y el cooperador, sólo el autor tiene con el hecho la *relación* que permite imputárselo como *suyo*. Sólo el autor del homicidio "mata" en el sentido del tipo. Para la imputación de un

tipo de autoría (los previstos en la Parte Especial y los de tentativa) no basta la *relación de riesgo*, sino que hace falta además la *relación de pertenencia* a título de autor.⁴⁶

Por otra parte, entre los *partícipes* del delito el Derecho español distingue entre el inductor y el cooperador necesario, por una parte, y el cómplice, por otra. Aquéllos aportan una contribución más importante que éste, razón por la cual los primeros son tratados por la ley *como si fueran* autores. Pero, según el art. 28 CP, no lo "son", a diferencia de los autores en sentido estricto, sino que "también serán considerados autores". La mención del párrafo primero del art. 28 CP a los que "son" autores no ha de interpretarse en el sentido de que exista un concepto "ontológico" de autor prejurídico que la ley no puede sino reconocer,⁴⁷ sino como una *imputación* de dos grados: en el primero se imputa el *ser* autor y en el segundo sólo se imputa el *tratamiento* del autor a quienes no se les reconoce serlo.

También la distinción legal del cooperador necesario y el cómplice supone una diferente imputación jurídica de su aportación al resultado principal. Y, aunque no tenga origen legal, la distinción entre cooperación punible y cooperación impune que un sector doctrinal efectúa entre sujetos que contribuyen al delito con actos causales y en relación de riesgo respecto al resultado, también puede verse como una delimitación de la imputación típica. Así lo entiende Jakobs cuando niega la imputación objetiva del hecho principal a quienes contribuyen a él mediante actos lícitos de la vida cotidiana, aunque pueda preverse o incluso se sepa que serán aprovechados por el autor (como el hombre que abandona a su amante pese a haberle amenazado ésta con destruir una cosa de gran valor si lo hacía y aunque efectivamente la destruya, o el taxista que lleva al pasajero al lugar donde éste le ha dicho que iba a cometer un delito).⁴⁸ Cuestión distinta es la de los límites que deba tener esta causa de exclusión de la imputación típica, que seguramente no ha de operar cuando se sabe con seguridad que se está contribuyendo a la comisión de un delito grave.

Igualmente pertenece a este ámbito de imputación la cuestión de si hay que distinguir autoría y participación en los delitos imprudentes.

Finalmente, la intervención de la víctima puede excluir la imputación del hecho a quien contribuye a causarle una lesión. Así sucederá en los casos de autopuesta en peligro por parte de la víctima en la que participan (induciendo o cooperando) otras personas, así como en los de puesta en peligro de la víctima por parte de otro, cuando dicha puesta en peligro es imputable a la víctima.⁴⁹ El derecho al libre desarrollo de la personalidad que consagra la Constitución ha de permitir asumir riesgos, aunque puedan terminar en lesiones.⁵⁰ Ello aconseja la imputación preferente de tales lesiones a la víctima y la exclusión consiguiente de su imputación a quienes intervienen en el riesgo.⁵¹

Ahora bien, ya no llega a plantearse la cuestión de la imputación de un resultado típico cuando la intervención de la víctima supone un consentimiento que excluye ya la

⁴⁶ Cfr. Mir Puig, Derecho penal, PG cit., L 10/59 s., p. 236.

⁴⁷ Existen diversos usos sociales y, por tanto, de sentidos del término 'autor'. El art. 28, 1 CP se limita a recoger el concepto de autor asentado en la doctrina dominante en nuestro país y en otros, pero no en todos. Cfr. Mir Puig, PG cit., L 14/4, p. 358.

⁴⁸ Cfr. Jakobs, La imputación objetiva en Derecho penal cit., pp. 70 ss.

⁴⁹ Cfr. Roxin, Derecho penal, PG I, cit., § 11/86 ss., pp. 387 ss.

⁵⁰ Cfr. Mir Puig, Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente, ADPCP 1991, p. 267.

⁵¹ Así Cancio Meliá, Conducta de la víctima e imputación objetiva, 1998, pp. 276 ss.

lesión típica correspondiente (el que la doctrina alemana denomina *Einverständnis*, término que se puede traducir como "acuerdo"⁵²), y tanto si ello se expresa en la redacción del tipo (como en el hurto: art. 234 CP), como si no se hace (como en la detención ilegal: art. 163 CP). Faltará entonces la propia lesividad del hecho, que, como hemos indicado más arriba, es presupuesto de la imputación objetiva.

V

CONCLUSIONES

1) Imputación es adscripción a un sujeto, no descripción.

2) La imputación, en sus tres niveles de imputación objetiva, imputación subjetiva e imputación personal (o individual), atraviesa toda la teoría del delito pero no incluye todos sus elementos. Como juicio de atribución a un sujeto, se contrapone a la lesividad, como lesión o puesta en peligro típica de un bien jurídico no justificada, el otro gran aspecto del concepto de delito.

3) La exigencia de imputación responde al principio de culpabilidad, en sentido amplio, que requiere conexión al sujeto de cada nivel de lesividad de la teoría del delito, pero al mismo tiempo es necesaria para completar la constitución del desvalor del tipo, del injusto y de la infracción personal de la norma: la imputación objetiva es necesaria para afirmar el desvalor intersubjetivo de la conducta y el desvalor del resultado del tipo objetivo, la imputación subjetiva es necesaria para el tipo subjetivo y, por tanto, para completar el tipo; la ausencia de los presupuestos típicos de alguna causa de justificación también ha de poder ser objetiva y subjetivamente imputable para que el tipo pueda imputarse como antijurídico; y, por último, el hecho antijurídico ha de poderse imputar a un sujeto capaz de acceder a la norma en condiciones de motivabilidad normal (imputación personal, necesaria para que el hecho antijurídico se convierta en infracción personal de la norma y se complete la culpabilidad del sujeto).

4) La *imputación objetiva de primer nivel* se contrae, en los delitos de acción, a la exigencia de una determinada relación de riesgo, para la cual es razonable exigir no sólo un mínimo riesgo, sino también la ausencia de riesgo permitido. No incluye, en cambio, los casos de adecuación social o insignificancia de la lesión, en los que falta la necesaria lesividad del hecho. En los delitos de comisión por omisión la imputación objetiva no requiere la relación de riesgo, sino la evitabilidad de la lesión en posición de garante.

5) La imputación objetiva de primer nivel ha de exigirse tanto en los delitos de resultado como en los de mera actividad.

6) La *imputación objetiva de segundo nivel* supone la distribución de la imputación entre los sujetos intervinientes y determina la conexión de autoría y la de participación, así como la imputación a la víctima.

⁵² Así Mir Puig, Derecho penal, PG cit., L 19/2 -3, pp. 516 s.